

Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal:

**Deborah Giovannetti Macedo Guerner**, brasileira, casada, Promotora de Justiça no Distrito Federal e Territórios (carteira funcional número 451), residente e domiciliada em Brasília-DF (SHIS, QI 23, conjunto 10, casa 06, Lago Sul), **impetra, por seus advogados** (Documento I), **mandado de segurança**, nos termos da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, e do artigo 102, alínea “r”, da Constituição Federal, **pretendendo obtenção de liminar**, contra o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Aquele Sodalício, afrontando preceitos constitucionais incrustados a título de cláusulas pétreas, impôs severas sanções disciplinares à

impetrante em sessão realizada no dia 17 de maio de 2011, aviltando todas as teses defensivas (Documentos II/III). O Acórdão respectivo foi publicado no Diário Oficial da União do dia 08 de junho do mesmo ano (Documento IV). Dentro do prazo regimental, a impetrante opôs embargos de declaração que, conhecidos, foram rejeitados à unanimidade (Documentos V/VI). De ofício, entretanto, o Conselho Nacional do Ministério Público comutou a pena de suspensão aplicada em censura, declarando-a prescrita, (fls. 50, Documento V), embora mantendo a demissão. A publicação da decisão referente aos embargos ocorreu em 19 de agosto de 2011 (Documento VII), valendo notar que a impetrante foi cientificada pessoalmente da decisão no dia 27 de julho do corrente ano.

Estrutura-se a impetração na Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, além dos artigos 1º e 5º, inciso II, conjugados com o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal. **Aguarda-se a concessão imediata de medida liminar** a título de proteção provisória ao direito pleiteado porque, como se verá, a impetrante foi condenada à pena de demissão por um órgão que não tem legitimidade a tanto, nos exatos termos do artigo 242 da Lei Complementar 75/1993. Acresça-se a isso que a condenação se materializou em desrespeito a normas processuais penais aplicáveis aos procedimentos disciplinares, conforme dispõe o artigo 261 da mesma legislação, havendo ofensa também ao princípio do “Juiz Natural”. Em decorrência das ilegalidades, o direito líquido e certo ofendido se

abriga no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna. Justifica-se a imediatidade da liminar a título de proteção provisória ao direito pleiteado porque, como se verá, **a impetrante não teve possibilidade de exercitar o contraditório pleno antes da condenação seriíssima que lhe foi aplicada**, valendo dizer, aliás, que o ato impugnado não lhe deixa o socorro de recurso algum – com efeito suspensivo ou não –, ordinariamente previsto em legislação genérica.

Cumpre realçar que outro mandado de segurança visando o mesmo processo disciplinar tramita nessa Suprema Corte sob número 30089-DF, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Aquele “Writ” ainda não foi julgado.

## **Considerações Preliminares**

### **Primeiro Fundamento**

1) – Prolatado o Acórdão atinente aos embargos de declaração opostos, o Conselho Nacional do Ministério Público manteve no aresto embargado as sanções a seguir especificadas: *“a) – demissão, com encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral da República para a propositura da ação civil correlata, pela imputação de violação de sigilo de feito criminal com a solicitação e a obtenção de recompensa; b) – demissão, com o encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral para a propositura da ação civil correlata, pela imputação de exigência*

*de vantagem pecuniária indevida ao ex-Governador do Distrito Federal José Roberto Arruda”* (fls. 51).

1.1) – As duas condenações **tiveram supedâneo em prova emprestada não submetida ao contraditório**, cerceamento devidamente registrado antes do primeiro julgamento e, depois, objeto de questionamento via embargos de declaração. A defesa ponderara, na última insurgência: *“...esse Conselho não examinou pretensão defensiva amplamente postulada atinente ao valor probatório do depoimento de Cláudia Alves Marques”* (fls. 02 dos embargos). A impetrante justificara a reivindicação: *“Cláudia Alves Marques não foi ouvida sob contraditório pela Comissão Processante. Isso é indiscutível. Nesse diapasão, o depoimento prestado por Cláudia Marques não poderia ter fundamentado juízo de valor negativo quanto à embargante Deborah. Mas fundamentou”* (fls. 04 dos embargos). Concluía a impetrante: *“A pessoa foi ouvida à margem do contraditório, sem a participação da defesa”* (fls. 04 dos embargos, documento V).

1.2) – O Conselho impetrado admitiu que Cláudia Alves Marques não foi ouvida pela Comissão Processante na presença dos advogados da impetrante. Veja-se: **“Primeiramente, registre-se que a Comissão Processante designou a oitiva de Cláudia Alves Marques em despacho datado de 27 de agosto de 2010 (fls. 486/487), restando inviabilizada sua inquirição por não ter sido encontrada, em duas tentativas de notificação”** (fls.3.018, documento VI). O Acórdão também assentou: *“...as duas*

*declarações de Cláudia Alves Marques referidas pela embargante passaram a integrar o conjunto probatório de modo legítimo e transparente, com total ciência da Defesa”* (fls. 3019, documento VI). A defesa admite ciência do empréstimo da prova vinda da sindicância e da investigação criminal paralela, mas o exercício do contraditório atinente ao testemunho haurido em procedimentos inquisitivos só se efetivará com a oitiva da depoente sob a estrita vigilância e a participação dos defensores constituídos (defesa técnica), da própria acusada (autodefesa) e do instrutor que recebera delegação do julgador. Isso não ocorreu. Por tal razão o artigo 155 do Código de Processo Penal, com aplicação subsidiária indisponível no procedimento disciplinar, fixou: **“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”**.

1.3) – Provocado a respeito do tema após a omissão constatada no Acórdão condenatório, o Conselho Nacional se manifestou em relação aos dois depoimentos prestados por Cláudia Alves Marques. Em relação ao primeiro, anotou: o **“... referido testemunho não consiste, portanto, em prova emprestada, mas em elemento de prova colhido em sindicância que veio a ser avocada e a dar origem ao presente Processo Disciplinar”**, afirmando também que tal oitiva se deu na presença de advogado, não especificando quem o profissional representava (fls. 3019).

**Não se tratava de defensor da impetrante.** Quanto ao segundo, o Acórdão confirma o empréstimo de depoimento colhido na Procuradoria Regional da República e anexado à ação penal paralela (fls. 3020). Buscando justificar a ilegalidade, o Acórdão pontuou: “... *a Defesa da recorrente teve amplo acesso aos autos, sendo-lhe devidamente oportunizada produção probatória e, por diversas vezes, manifestação acerca de toda prova carreada ao presente feito, incluindo as declarações de Cláudia Alves Marques*” (fls. 3020).

1.4) – É importantíssimo fixar ao eminente Ministro Relator que a portaria inauguradora da persecução se fundamentou no depoimento prestado por Cláudia Alves Marques na sindicância, procedimento inquisitivo, deixe-se bem claro (Documento VIII, v. transcrição a fls.387/388 e 408/410). Note o eminente Relator que a prova obtida unilateralmente serviu de marco inicial aos termos da imputação formulada, sendo igualmente transcrita no relatório final subscrito pela Comissão Processante (fls. 2.511/2513). Pior ainda: a prova foi usada no Acórdão condenatório, conforme folhas 38, 42/43 e 52 do Documento III.

1.5) – Confessando o cerceamento de defesa, o Acórdão traz sofisma indisfarçável: “Insta salientar, ainda, **que a circunstância dos depoimentos de Cláudia Alves Marques terem sido colhidos sem contraditório na origem não possui o condão de invalidá-los no presente feito, uma vez que a investigação**

**criminal e a sindicância, palcos em que foram produzidos, possuem inequívoca natureza inquisitorial**” (fls. 3022). A questão constitucional relevante surge quando a prova não contraditada e obtida sem a participação da defesa fundamenta a punição disciplinar de uma promotora com passado imaculado, vendo-se a defesa impedida de contraditar o elemento probatório mencionado.

### **O cerceamento é evidente**

2) – Somando-se à ofensa ao devido processo legal, o Conselho Nacional do Ministério Público desprezou totalmente o mandamento processual constante do artigo 155 do Código de Processo Penal, ao afirmar explicitamente no Acórdão: “... **não se vislumbra a invocada ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, possuindo os depoimentos de Cláudia Alves Marques plena validade, inclusive para fins probatórios no presente processo disciplinar**” (fls. 3.024). Afastando sumariamente a aplicação subsidiária da norma processual em relevo, o Conselho Nacional do Ministério Público esboçou conclusão ilegal e incoerente: “Com efeito, a alteração introduzida no artigo 155 do Código de Processo Penal pela Lei Federal nº 11.690/2008, segundo a qual o juiz criminal não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **decorreu de especificidades próprias do processo penal brasileiro, as quais**

**não se reproduzem no processo administrativo disciplinar”** (fls. 3.025). Não se esperava aquele sodalício ferimento tão profundo no organograma jurídico transparente. A agressão só pode advir de dolo extremo, nunca de desconhecimento da lei e da hermenêutica. Quando o artigo 261 da Lei Complementar 75, de 1993, manda aplicar subsidiariamente o Código de Processo Penal aos procedimentos disciplinares punitivos, o Conselho Nacional do Ministério Público tem o dever de cumprir o dispositivo atinente à espécie. É absolutamente equivocada a interpretação posta na decisão, de caráter absolutamente distante, dir-se-ia até maquiavélico, do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal: **“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**.

2.1) – Respeitados os postulados constitucionais, é completamente ilegal a condenação imposta no aresto questionado com lastro em tal prova, principalmente porque a Constituição Federal garantiu ao cidadão, inclusive nos processos administrativos, plenitude de defesa com todos os meios a ela entrelaçados. **A aplicação subsidiária pretendida pela impetrante não pode ficar a critério da Comissão Processante** ou de quem quer que seja. Havendo lacuna atinente a regra processual, o Código de Processo Penal serve de muleta ao procedimento disciplinar punitivo referente a membros do Ministério Público, suprimindo a nebulosidade. Evidentemente, a



garantia da ampla defesa outorgada à impetrante lhe dá o direito de interferir e/ou influir, em benefício próprio, na produção prova em concretização. Cuidando-se de prova testemunhal, a diferenciada prerrogativa garantida na Magna Carta só se potencializará com a intervenção direta dos defensores e da própria impetrante no ato processual respectivo. Inequivocamente, **a impetrante não participou da produção da prova mencionada. O Acórdão admitiu a extravagância, abrigo a catoniana opção em argumento desprovido de razoabilidade porque carente de fundamentação válida. Foi aquele Conselho obrigado, dialeticamente, a assumir, com extrema discricionariedade, a ilegalidade praticada, porque outro raciocínio não lhe era permitido. Ou assumia a plenitude do ato processual soturno ou ficaria exposto à imprescindibilidade de invalidação. Em outros termos, assim agindo, o Conselho Nacional do Ministério Público mostrou às escâncaras a nudez de ofensa básica ao contraditório pleno. É réu confesso. Cuida-se de saber, agora, se a admissão de culpa aberta receberá o prêmio de superação da nulidade absoluta.** Explique-se:

2.2) – A aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, prevista explicitamente no artigo 261 da Lei Complementar 75/93, deve ser obedecida implacavelmente quando houver omissão, não se permitindo ao intérprete conclusões interesseiras assemelhadas à firmada no Acórdão no sentido de existirem normas processuais penais inaplicáveis ao processo disciplinar porque o regramento

subsidiário “...decorreu de especificidades próprias do processo penal brasileiro, as quais não se reproduzem no processo administrativo disciplinar”. Aplicam-se sim. Qualquer estudante medíocre de uma das escolas de porte educacional inferior posta a funcionar na nação sabe que sendo o processo disciplinar, qualquer que seja, de natureza punitiva, precisa valer-se do Código de Processo Penal para integrar omissão existente. Nem é preciso indagar tratar-se de interpretação extensiva ou aplicação analógica porque, no fim das contas, dá tudo na mesma: o Conselho Nacional do Ministério Público agrediu frontalmente a dogmática e a própria lei escrita ao negar a atuação, na hipótese vertente, da legislação existente, com realce para o artigo 261 da Lei Complementar já mencionada.

2.3) – Cumpre ponderar à Suprema Corte que a instalação do contraditório correspondente à Promotora de Justiça Deborah Guerner se consumou em momento sócio-político-ideológico extremamente difícil, não para o país em si, mas para o mundo todo, retomando-se tese já vencida do sacrifício do indivíduo em favor da comunidade. O Supremo Tribunal Federal, no contexto, tem procurado resistir a pressões advindas do exterior, mantendo o Brasil, a duras penas, fiel à possibilidade de resistência do cidadão contra o aterrorizante sistema de inumação paulatina dos direitos individuais. Diga-se, a bem da verdade, que a Suprema Corte brasileira tem desempenhado tal atribuição com expressiva dose de vigilância sobre a maioria dos tribunais inferiores, sem

descaramento de atividades realizadas por órgãos outros providos da chamada Jurisdição mitigada. Lá atrás, ao tempo dos neossocialistas repenicados, inclusive, por Adolf Prins, a juventude alemã era estimulada a denunciar o pai, a mãe, os irmãos, os vizinhos enfim, se e quando houvesse suspeita de comportamento ofensivo ao tranquilo bem-estar do povo. Aquilo gerou Berna, Dachau e Auschwitz, entre muitos campos de extermínio. A prática inquisitiva brasileira corre o muito sério risco de enveredar ideologicamente por caminho assemelhado, estimulando-se draconianamente a produção de provas inquisitivas sem a mínima participação da defesa, a espionagem eletrônica, o espiolhamento dos segredos pelos buracos das fechaduras dos quartos de dormir e a transformação, enfim, de parte de organismos saudáveis, voltados em tese à defesa da legalidade, em orelhudos auscultadores da privacidade do cidadão, abroquelando-se então os perseguidores em instrumental adquirido discretamente de empresas que têm hoje sua especialização única posta sob suspeita. É ruim isso. **Pior fica quando o Acórdão confirma que uma prova é válida para condenar, mesmo não tendo sido contraditada, por ter vindo a lume em procedimento de natureza unilateral.** O argumento validador é teratológico. Isso significa que a testemunha, à margem de qualquer controle da defesa, diz o que quer, assina o depoimento e vai para a casa, desprezando-se inclusive a convocação do réu. Obviamente, a participação da defesa é inexistente, impedindo-se-a de formular perguntas, esclarecer fatos e/ou suscitar acareações. O acesso aos termos de depoimentos, nas

circunstâncias, por óbvio, não garante à defesa a efetivação de garantias fundamentais constitucionalmente elencadas. É como permitir-se o acasalamento, mas com noiva antecipadamente violentada por assaltantes.

2.4) – A impetração se alicerça, repita-se, na cláusula pétreia atinente à amplitude constitucional do contraditório. Só isso. Com efeito, romanceando um pouco a impetração, busca-se uma aliança de casamento com a Constituição Federal, esta última merecendo o amor de todos. A redução das possibilidades de reação levaria os brasileiros, sem dúvida alguma, a adultério muito incensado nos dias modernos em países outros, mormente com o Estado exibindo força incrível que levou Hobbes a apelidá-lo de “Leviatã”. A natureza do processo penal tem a finalidade de impor ao julgador observância do contraditório e da ampla defesa, duas cautelas indisponíveis encorajando o cidadão.

2.5) – **Indiscutivelmente, as provas obtidas em procedimentos inquisitivos precisam ser confirmadas perante a Autoridade Julgadora. Dizer o contrário é ofensa à Carta Política.** A Comissão Processante impediu a impetrante de fazer contraprova aos termos da Portaria, ao aditamento à acusação e ao relatório final. Inquestionavelmente, o Acórdão deu valia plena àquela hipótese de prova haurida sem o crivo do contraditório, circunstância que torna a decisão nula de pleno direito. Já se vê que o raciocínio expendido no Acórdão tem ilogicidade dramática.

Relembre-se trecho: “... **que a circunstância dos depoimentos de Cláudia Alves Marques terem sido colhidos sem contraditório na origem não possui o condão de invalidá-los no presente feito, uma vez que a investigação criminal e a sindicância, palcos em que foram produzidos, possuem inequívoca natureza inquisitorial**” (fls. 02 do Acórdão). Definitivamente, a proposição posta no Acórdão não faz honra aos sofistas que lhe deram vida.

2.6) – A equilibrada dicção do direito somente emergirá justa se a instrução probatória ocorrer mediante a efetiva participação das partes na produção da prova. A Impetrante não pediu demais. Pretendeu apenas, em embargos de declaração, que o Conselho Nacional não usasse aqueles depoimentos como fundamento punitivo, eis que produzidos sem a mínima intervenção da defesa. Há, aqui, circunstância originalíssima a ser repensada. O Conselho Nacional do Ministério Público, com fundamento lastreado em prova produzida à margem do contraditório, validou-a e a utilizou na imposição da pena. Inquestionavelmente, há ofensa ao devido processo legal, aviltando-se preceitos constitucionais indisponíveis. Relembre-se que o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes e aos acusados em geral, seja frente à imputação perante o Poder Judiciário, ***seja em acusação materializada em processo administrativo*** (Art. 5.º, inciso LV).

2.7) – Até mesmo na esfera civil pública a jurisprudência vem confirmando a imperiosa necessidade de que a prova seja produzida sob contraditório. Leia-se: **“Processual civil. Ação civil pública. Julgamento antecipado da lide fundamentado apenas nas provas produzidas no inquérito civil. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Necessidade de ratificação ou produção de prova em juízo. I – O inquérito civil é procedimento facultativo e as provas lá produzidas têm valor probatório relativo, vez que colhidas sem a observância do contraditório, logo, o julgamento antecipado da lide sobre matéria de fato viola preceitos constitucionais”** (Precedentes: REsp 849841/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, STJ, julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007 p. 216) **II – Apelos providos”** (Apelação Cível 10170-2008/Governador Eugênio Barros, Rel. Des. Antonio Guerreiro Júnior, TJMA, julgado em 25/11/2008). Outra: **“Processual civil. Ação civil pública por improbidade administrativa. Sentença prolatada com lastro, unicamente, nos elementos contidos no inquérito civil, sem oportunizar à parte a comprovação de suas alegações. Requerimento expresso pela produção de provas. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa caracterizada. Nulidade do *decisum*. Provimento”** (Apelação Cível 2005.007386-4/Xaxim, Rel. Des. Vanderlei Romer, TJSC, julgado em 11/08/2005).

2.8) – Na esfera processual penal a jurisprudência caminha no mesmo sentido: **“Prova Emprestada – Incompatibilidade com os princípios constitucionais reguladores do processo-crime – Meio probante que é produzido na ausência do réu, sem contraditório, afetando a segurança da ampla defesa. A prova emprestada é incompatível com princípios constitucionais reguladores do processo-crime, haja vista sua produção, na ausência do réu, sem contraditório, pois, e que afeta, também a segurança da ampla defesa”** (HC 70004/91, 5.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 16.02.2000, relator Desembargador Aramis Nassif, v.u., RT 781-670). Bem assentou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **“Cerceamento de Defesa. Caracterização. Prova emprestada. Réu que não teve oportunidade de acompanhar a prova ou sequer foi-lhe nomeado defensor para o ato – Princípios do contraditório e da ampla defesa violados – Nulidade do processo – instrução que deverá ser reaberta com a oitiva das testemunhas da denúncia e demais atos do procedimento – Preliminar acolhida. Se o réu não participa ativamente na produção do elemento instrutório que se empresta, deixando dessa maneira de exercer seu direito à contrariedade, essa prova terá valor precário ou de simples adminículo”** (Ap. criminal 257.376-3 – Sertãozinho – Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, volume 224 – janeiro de 2000 – pág.295). A severíssima condenação imposta pelo Conselho impetrado, repita-se pela

última vez, se fundamentou também na prova produzida à revelia da Promotora Deborah Guerner, sendo importante sublinhar que a atividade probatória adveio de procedimentos inquisitivos, **conforme expressamente admitido pelo Conselho Nacional do Ministério Público**. Diga-se que a certeza do agasalhamento da catoniana pena imposta era tão grande, mas tão imensa, que o Conselho Nacional do Ministério Público arrostou desabridamente todo arcabouço constitucional protetor do cidadão enquanto submetido a investigação. Em última análise, aquele colegiado acentuou: “assim fizemos porque quisemos fazer”! A condenação é extravagantemente ofensiva aos princípios processuais constitucionais repetidamente postos na impetração. Obviamente, a capacidade de reação da impetrante foi nulificada. Deu no que deu.

### **A fragilidade dos depoimentos de Durval Barbosa reforça o primeiro fundamento**

3) – Entrelaçado à precariedade da prova advinda dos depoimentos de Cláudia Alves Marques, o valor probatório atinente à versão deduzida por Durval Barbosa deve ser abjurado, analisando-se-o com os demais elementos exibidos pelo processo. Ela não pode ser vista de forma isolada, devendo haver outras diligências para a elucidação do delito. Por isso, a doutrina majoritária afirma que a delação possui valor probatório relativo. Assim decidiu a Suprema Corte: **“PROVA - DELAÇÃO - VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial**



**quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas”** (STF, HC 75226, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 12/08/1997, DJ 19-09-1997 PP-45528 EMENT VOL-01883-02 PP-00289).

3.1) – Vem a propósito a observação quando se aferiu que Durval Barbosa tem quase quarenta ações penais a vesti-lo, sem faltar a perquirição de atos de improbidade administrativa. Notoriamente, Durval Barbosa confessou infrações penais perante autoridades policiais e o Ministério Público Federal. Réu confesso, já se disse, não pode ser testemunha, mesmo quando se transforma em delator. Luiz Vicente Cernicchiaro esclarece: **“A delação traz implícita a confissão. Aqui, reside declarada distinção com testemunha. Confissão é restrita ao agente da infração penal. Testemunha, por seu turno, meio de prova em um processo, produzida, por isso, por pessoa sem interesse no desfecho do processo penal”** (Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, página 196). Não se negue, portanto, que Durval Barbosa tem profundo interesse no resultado do procedimento, até porque a delação é premiada, não se sabendo por quem, permitindo a Lei brasileira ao juiz da causa reduzir a pena cominada e ou conceder liberdade provisória (artigo 9º da Lei

9.034, de 1995). **Por isso a Comissão Processante o ouviu na condição de informante. A defesa pediu a vinda das denúncias nas razões finais. O Acórdão sequer se manifestou a respeito da preliminar.**

3.2) – Feitos os esclarecimentos, prossiga-se: anota a Portaria que a acusada Deborah teria iniciado seu relacionamento com Durval por intermédio de Cláudia Marques, a mesma cujo depoimento foi colhido à margem do contraditório. Destaque-se trecho: *“Verifica-se que existem indícios de que a relação entre o então Procurador-Geral do MPDFT, Leonardo Bandarra e a promotora de justiça Déborah Giovannetti Macedo Guerner, bem como entre estes e a chefia do Poder Executivo do Distrito Federal, era estreita, de modo a conferir plausibilidade às afirmações iniciais de Durval Barbosa Rodrigues, no sentido de ter sido ele procurado pelos indiciados para obter a supressão – tida como ‘indevida’ pelo Corregedor Nacional do Ministério Público –, de notícias que os desfavoreciam, em determinados sítios da rede mundial de computadores”* (fls. 397).

3.3) – É, portanto, indisfarçável que a Portaria Inauguradora do procedimento e o Acórdão condenatório se valeram dos depoimentos prestados por Cláudia Alves Marques e Durval Barbosa, valendo repetir que os depoimentos prestados por **Cláudia Marques e entranhados nos autos** não podem fundamentar qualquer juízo de valor negativo quanto à acusada

Deborah, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal. Realmente, Cláudia Marques, ouvida a fls. 273/ 277, teve suas declarações colhidas em caderno investigativo, à margem do contraditório, incidindo na hipótese as premissas do artigo 155 do Código de Processo Penal, aqui com aplicação subsidiária: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação...**”. O segundo depoimento entranhado aos autos, tomado na Procuradoria Regional da República, também não foi submetido a qualquer contradição. Isso significa que a defesa da impetrante não pôde ouvir e inquirir testemunha cujo depoimento, colhido unilateralmente por órgãos do próprio Ministério Público, serviu à condenação da promotora de justiça Deborah Guerner. Na alternativa, o princípio do contraditório importa na observância do irreduzível direito da impetrante à participação na produção da prova em igualdade de condições. E não há dúvidas quanto ao uso dos depoimentos de Cláudia na condenação: “*Ao inverso do aduzido pela embargante, as declarações de Cláudia Alves Marques não foram o único fundamento utilizado para o reconhecimento da prática das condutas imputadas à recorrente*” (fls. 3026). A impetrante jamais afirmou isso, mas ratifica que Deborah Guerner recebeu a severa pena de demissão mediante o inequívoco uso de prova marginal, unilateral, não submetida à contradição e inquisitiva. Daí a nulidade da condenação.

## Segundo Fundamento

### A Comissão fugiu aos limites da Portaria “1”

#### A nulidade dos trabalhos conduzidos após o aditamento

4) – A Comissão Processante transcendeu a função instrutora fixada na Portaria Número 1 do Conselho Nacional de Justiça (Documento VIII). **Perdeu, sim, a necessária isenção quando redigiu formalmente o aditamento à acusação e postulou o afastamento preventivo da impetrante** (Documento X). O processo administrativo disciplinar exhibe natureza punitiva, não sendo necessário esforço maior para demonstrar tal qualidade, pois há, na Legislação Federal que o gerou, expressa admissão de tal circunstância (Artigos 2º da Lei 9784, de 1999, e 252 da Lei Complementar 75, de 1993). Nesse padrão, o aditamento foi formulado e assinado por todos os membros da Comissão Instrutora. Isso atesta que a Comissão Processante, ao receber a prova emprestada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ***aditou formalmente a pretensão punitiva primeira, exercendo juízo de valor a respeito da imperante Deborah.*** Tal enlaçamento contamina a imparcialidade exigida da Comissão na colheita posterior da prova. Mais ainda: o Presidente da Comissão, doutor Marcelo Paranhos Miller, manifestou-se na sessão de julgamento realizada em 13 de dezembro de 2010, imputando oralmente condutas típicas à impetrante. Decididamente, a Comissão Instrutora se mostrou parcial, com vinculação psicológica já esposada. Em tais circunstâncias, a Comissão exorbitou os limites

fixados na Portaria mencionada. Leia-se: “...para, em Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, apurar os fatos narrados no anexo I desta Portaria, que dela é parte integrante” (fls. 373).

### Comissão Processante formada *pos facto*

4.1) – Perceba o Supremo Tribunal Federal que a nomeação da Comissão Processante por meio da Portaria de número “1” foi posterior à súmula acusatória de folhas 375/411, *nos termos do artigo 252, § 1º, da Lei Complementar 75/93*. A hipotética descoberta de novos fatos, obviamente, não poderia deixar de ser apontada pela Comissão. No entanto, a elaboração do aditamento à acusação com base nas provas emprestadas transcende a obrigação de apuração dos fatos, transformando os membros da Comissão Instrutora em acusadores formais. **Tal particularidade afasta a legitimidade dos membros da Comissão para postular, colher provas e atuar nas hipóteses subsequentes, tudo após produzirem intelectualmente uma peça acusatória formal.**

4.2) – Discorrendo sobre o tema, Hugo Nigro Mazzilli, principal intérprete da vida doméstica do Ministério Público brasileiro, esclarece: “Quando caiba qualquer sanção a membro do Ministério Público, até mesmo a mera advertência, não se dispensam as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, entre as quais: a) **não se pode permitir que o órgão que acusa**

**seja o mesmo que julga a imputação; b) o ato acusatório tem de ser instaurado por peça que obedeça aos mesmos requisitos de uma denúncia criminal”** (Regime Jurídico do Ministério Público, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, página 448). Subscrevendo a peça acusatória (o aditamento), os membros da Comissão se transformaram em acusadores formais, embora a Portaria não lhes tenha outorgado poderes a tanto.

4.3) – Certo é que **a Comissão Instrutora desencadeou um novo processo disciplinar contra a impetrante ao aditar os termos da Portaria número “1”**, imputação esta que acabou culminando em uma das penas de demissão fixada. Assim agindo, a douta Comissão atribuiu à impetrante infração disciplinar não descrita na Portaria originária. A adição pretendida pela Comissão se fundamentou na prova emprestada, nisso incluído o depoimento de Cláudia Alves Marques. Propôs-se, então, ao Relator do feito no Conselho Nacional do Ministério Público a nova imputação. O Nobre Relator encaminhou a súmula acusatória ao Procurador-Geral da República. Este designou sessão extraordinária para a finalidade indicada, qual seja, a apreciação da nova “denúncia” formulada em desfavor da impetrante, audiência esta questionada no mandado de segurança sob número 30089, já tramitando há muito no gabinete do eminente Ministro Gilmar Mendes.

4.4) – Provocado a se manifestar, o Conselho repudiou a questão, afirmando: “... *as providências levadas a efeito pela*

*Comissão Processante, contra as quais se insurgiram as defesas, caracterizam-se como exercício ordinário de poderes de saneamento e de cautela”* (fls. 22, documento III). Erra a autoridade impetrada. **Ao exercer juízo de valor em relação à prova emprestada, formulando acusação formal, a Comissão se torna impedida de conduzir o contraditório na instrução atinente à “mudança do libelo” original.** Daí a nulidade dos atos procedimentais, posteriores ao aditamento ao libelo, conduzidos pela Comissão, com destaque para a colheita da prova oral e elaboração do relatório final, literalmente copiado pelo voto prolatado pelo eminente Relator no Conselho Nacional do Ministério Público.

4.5) – **Note-se que o aditamento em desbaste aconteceu de ofício, exibindo caráter eminentemente inquisitório. O correto seria a elaboração de uma nova portaria, constituindo formalmente outra Comissão, já que não existe Comissão Permanente no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público. A condução da instrução processual realizada pela Comissão tocante ao aditamento invalida a prova colhida.** Tornando-se acusadora, soa estranho ter legitimidade para colher depoimentos, interrogar acusados e deferir ou não a produção de determinada prova. Mais ainda: formulou o relatório final que serviu de paradigma ao eminente Relator que, mesmo frente aos inúmeros argumentos defensivos, o manteve na íntegra. (Documento IX). É por isso que os doutrinadores Nelson e Rosa

Nery afirmam: “**A nomeação de comissão processante depois do fato praticado (*ex post facto*) viola o princípio constitucional do acusador administrativo natural, fazendo com que o processo seja nulo**” (Código de Processo Civil Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, página 1502).

4.6) – Especificamente em relação ao aditamento, o conhecimento do fato havido como ilícito pela Comissão Processante se consubstanciou na elaboração do acréscimo ao libelo, transformando-a em órgão eminentemente acusador. A dualidade concretizada no procedimento (acusador e instrutor) viola o devido processo legal, havendo nulidade indiscutível. **É sabido que o juiz não pode exercer jurisdição em procedimento no qual haja interferido na mesma ou em outra instância.** O preceito é válido para o persecuidor público administrativo. E outra não poderia ser a configuração, porque a Comissão Processante, ao aditar o libelo, colheu a prova a seu talante, validando-a ela própria. Já se vê que o tema não pode ser examinado com tamanha simplicidade. No Estado Democrático de Direito deve haver pleno equilíbrio entre as Instituições fixadas na Carta Magna. Diga-se, por fim, que o processo penal é caminho com início, meio e fim. **Respeite-se, aqui, a condição dos membros da Comissão Processante, mas é preciso deixar bem cravado nos autos que não se pode ser acusador e juiz ao mesmo tempo.** Não dá certo. Realmente, existe, na teoria geral do processo e na própria Constituição Federal, o princípio do juiz e



acusador naturais. Censor legal, dentro do contexto, é aquele unguído por ato juridicamente advindo, caracterizando-o como o inculpador ou exculpador, mas sempre com a chancela da preexistente capacitação para punir. Aliás, a “competência” para o exercício dessa atividade guarda estrita relação com o princípio do juiz natural (artigo 5.º, incisos XXXVII e LIII, da Carta Política). Nesse sentido, a Comissão Processante recebeu delegação na Portaria firmada para apurar determinado fato. Obviamente, o Conselho Nacional do Ministério Público tem o dever de designar uma Comissão Processante nas hipóteses de apurações disciplinares. No entanto, ao emitir a Comissão já instaurada juízo de valor, formulando acusação direta contra Deborah mediante prova emprestada não existente na sua constituição formal, seus membros, aqueles mesmos especificados na Portaria “1” se tornam impedidos de conduzir atos procedimentais.

4.7) – Não poderia o Conselho Nacional do Ministério Público permitir que Comissão formada *post facto* exercesse função persecutória (ou instrutória, o que se mostra indiferente). Questão análoga foi julgada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no MS 13.821-DF, quando reconheceu ilegal a formação de Comissão para o fato, não sendo ela permanente. Pleiteia-se dessa Suprema Corte, portanto, a declaração de nulidade dos atos instrutórios conduzidos pela Comissão Processante, bem como o relatório final por ela assinado. Relembre-se: no âmbito dos processos administrativos disciplinares, são manifestações do

princípio constitucional do devido processo legal o acusador e o juiz ou julgador administrativo natural. Constitui abuso a Comissão ter efetuado aditamento à imputação sem ter sido autorizada a tanto. Por isso a questão é levada à Suprema Corte, pleiteando a impetrante a nulidade dos atos subsequentes ao julgamento que recebeu o aditamento à acusação (Documento XI).

### **O pedido liminar**

#### **O CNMP não tem legitimidade para aplicar a pena de demissão sem trânsito em julgado jurisdicional**

5) – Um dos dispositivos constitucionais referente à criação do Conselho Nacional do Ministério Público conferiu ao emérito órgão a seguinte atribuição: “Artigo 130-A, §2º, Inciso III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa”. As três primeiras penas têm natureza disciplinar. Isso é indiscutível. Também é clara a diretriz posta no artigo 128, §5º, inciso I, alínea “a”, da Magna Carta, relativa aos membros do Ministério Público: “.... **vitaliciedade, após dois anos de**

**exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado”.**

5.1) – Atrelada a tais dispositivos, a Lei Complementar 75 de 1993 estabeleceu em seu artigo 242: “As infrações disciplinares serão apuradas em processo administrativo; **quando lhes forem cominadas penas de demissão, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, a imposição destas dependerá, também, de decisão judicial com trânsito em julgado”.** A primeira pena de demissão aplicada contra a impetrante teve como premissa suposta ofensa ao artigo 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (artigo 240, inciso V, alínea “b”, da Lei Complementar 75/93). A remanescente anotou: “A conduta dos imputados consistiu, em tese, crime de concussão, previsto no artigo 316 do Código Penal, e improbidade administrativa, consistente em ofensa aos princípios da legalidade, da moralidade, da honestidade e da lealdade às instituições, prevista no artigo 11, *caput*, da Lei número 8.429/92. Incidiram, com isso, no disposto no art. 240, V, “b”, da Lei Complementar 75/93” (fls. 61 do documento III).

5.2) – Embora a Constituição e a Lei Complementar 75/93 tenham condicionado a imposição da pena de demissão a decisão judicial transitada em julgado, o Conselho Nacional do Ministério Público não titubeou, impondo à impetrante a sanção referida na esfera administrativa, sendo imperioso notar que a Constituição Federal não atribuiu ao Conselho Nacional do Ministério Público

legitimidade para impor a pena de demissão, conforme dispõe o artigo 130-A, §2º, Inciso III. Eivadas de nulidades insanáveis conforme exposto acima, as condenações não podem prosperar. **Nessa medida, pretende-se liminarmente a suspensão da aplicação das penas de demissão aplicadas, bem como a suspensão da recomendação para ajuizamento de ação por perda de cargo.**

6) – A título de ponderação, o exercício da atividade jurisdicional, admita-se, é absolutamente independente das instâncias administrativas. Isso não se discute. No entanto, quando a Lei Maior condiciona a imposição da pena de demissão ao trânsito em julgado de ação para perda do cargo, o Conselho Nacional do Ministério Público não pode impô-la. Mesmo admitindo-se a coerente tese da independência entre a repressão penal e a disciplinar, conclui-se que a regra não é absoluta. Aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atende à pretensão do impetrante: *“De outro lado, muito embora assente a tese da independência das chamadas instâncias penal e administrativa, a regra comporta restrições. Não pode ser compreensiva de modo a permitir que haja contradição nos diversos pronunciamentos, sempre com evidente desprestígio para um dos poderes do Estado (Cf. estudo de Aníbal de Mello Couto, Revista de Direito Administrativo, vol.37/510). Assim, as conclusões do processo administrativo só poderão subsistir na medida em que não tiverem sido contrariadas pela decisão*

*judicial, justamente, por este motivo, é que tudo se aconselha que a Administração, sempre que se trate de faltas, que também constituam crimes, suste o inquérito até que se verifique o pronunciamento final da justiça” (4.<sup>a</sup> Câmara Cível – Revista de Direito Administrativo, vol.57/203 - 205). Onde se lê crime deve-se entender, é evidente, ato de improbidade administrativa.*

6.1) – Publicando estudo na revista Forense volume 236/71, página 40, intitulado “*Repercussão da Sentença Penal na Esfera Administrativa*”, José Cretela Júnior sustentou: “***Realmente, se o juízo administrativo decide uma coisa e o juízo penal decide outra, em matéria de crime, tal disparidade de soluções concorre para desacreditar um dos julgadores. Por isso, melhor seria que, tratando-se de crime, o juízo administrativo sobrestasse seu pronunciamento, aguardando a decisão do Poder Judiciário. Nos vários Estatutos dos Funcionários, quer da União, Estados ou Municípios, a referência a crimes contra a Administração é clara, capitulando-se, depois, especificamente, inúmeras figuras definidas também, no Código Penal, como crimes. Ora, os dispositivos estatutários, quando falam em crime, não definem os atos infringentes da lei penal e, por isso, só a esfera judiciária competente é que cabe definir o delito, já que os crimes não são punidos pelo fato de constituírem crimes, mas por estarem definidos de maneira autônoma no Estatuto***” (RDA 51/190).

6.2) – Esse Supremo Tribunal Federal assim decidiu em provocação análoga: “Servidor Público – Demissão – Processo Administrativo – Decreto fundamentado na prática obrigatória de provimento condenatório com trânsito em julgado. *Estando o decreto de demissão alicerçado em tipo penal, imprescindível que haja provimento condenatório com trânsito em julgado. Se de um lado é certo que a jurisprudência sedimentada no Supremo Tribunal Federal indica o caráter autônomo da responsabilidade administrativa, a não depender dos procedimentos cível e penal pertinentes, de outro menos correto não é, alicerçada a demissão na prática de crime contra a administração pública, este há que estar revelado em pronunciamento do judiciário coberto pelo manto da coisa julgada*”(MS 21.03.10-8- DF-T. Pleno- J. 25.11.93 – Relator Marco Aurélio- DJU 11.03.94).

6.3) – O procedimento disciplinar recebeu provas de duas ações penais correlatas em embrião. Na medida em que a apuração administrativa é intrínseca às acusações criminais, se e quando a impetrante for absolvida, inumar-se-á qualquer alternativa de cometimento de ilícito administrativo. O mesmo raciocínio vale para as hipóteses de ato de improbidade administrativa que devem, impreterivelmente, ser reconhecidos pelo Poder Judiciário. A ligação entre os processos é cristalina. A repercussão de eventual absolvição da Impetrante na esfera criminal será inevitável no procedimento disciplinar, mormente pela circunstância de o procedimento administrativo se nortear nas ações penais referidas.

## O Direito Líquido e Certo da Impetrante

### A Liminar

7) – A impetrante, sem participar de prova que serviu à sua condenação, foi apenada com duas demissões. Mais ainda: uma delas adveio da lavra de Comissão Instrutora impedida a tanto. Daí o preenchimento dos requisitos da liminar em mandado de segurança: “periculum in mora e fumus boni juris”.

7.1) – Constatada a ofensa ao devido processo legal nas condenações impostas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a propositura da ação para perda do cargo acarretará em esforço ineficaz, valendo notar que a pena de demissão só se efetivará com a chancela do Poder Judiciário. Conforme sabido, o “*periculum in mora*” é dado do mundo empírico, capaz de ensejar um prejuízo, o qual poderá ter, inclusive, conotação econômica, mas deverá sê-lo, antes de tudo, e sobretudo, jurídico, no sentido de ser algo atual, real e capaz de afetar o direito líquido e certo da Impetrante. Aqui, o prejuízo é patente. Transcrevam-se decisões pertinentes: ***“Há que se indagar se a decisão encerra abuso ou arbitrariedade e há eminência de dano irreparável ou lesão a direito líquido e certo do impetrante. Quando a decisão é anulada pelo mandamus, este se reveste de caráter preventivo. O rigor do princípio estatuído na súmula 267 do STF é abrandado, admitindo-se a impetração de segurança contra ato judicial***

*passível de recurso, quando se vislumbra a possibilidade de dano irreparável”* (RT 598/154). **Havendo nulidade insanável apontada, a liminar suspensiva requerida é preme de razoabilidade.**

7.2) – Há aqui, igualmente, a fumaça do bom direito. A transparência da ofensa ao devido processo legal e ao conseqüente exercício do contraditório na tramitação disciplinar concluída em desfavor da Impetrante, por si e independentemente de dilação, tem base jurídica, denotando-se a existência de plausibilidade do direito aqui pleiteado. A prova unilateral serviu de fundamento às condenações impostas, ofendendo-se, sim, a ampla defesa prevista na Magna Carta. A pretensão a concessão da liminar é imperiosa, mormente quando a Impetrante se vê, extravagantemente, alijada da possibilidade de contrariar, com efetividade, a prova contra si deduzida. Portanto, a impetrante está provando documentalmente suas alegações e comprovando a emergência em que se encontra.

### **Fecho**

### **Concessão de Liminar**

8) – Verificará o cultíssimo Ministro a quem o “Writ” couber na distribuição que a impetrante pleiteia o mínimo, **urgindo a concessão de liminar para a suspensão das penas de demissão aplicadas e o conseqüente óbice à promoção da ação por perda de**



cargo. Em alternativa, pede-se liminar suspensiva dos efeitos processuais previstos no artigo 208, Parágrafo Único, da Lei Complementar 75/93, se e quando promovida a ação por perda de cargo, mantendo-se a impetrante no cargo e seus vencimentos. As pretensões liminares têm relevo na ofensa clara ao devido processo legal, consubstanciada na instrução (uso de prova unilateral na condenação), no aditamento à acusação (comissão processante acusando e julgando) e na subscrição do relatório final pela Comissão exibindo tripla atividade (instrui, acusa e julga), conforme minuciosamente relatado no “Writ”.

8.1) – Se e quando deferida a liminar, aguarda-se sua manutenção pela Turma Julgadora, concedendo-se a segurança para anular o resultado do julgamento do procedimento disciplinar, pois calcado em prova obtida sem a participação da impetrante e de seus defensores. De outra parte, aguarda-se a concessão da segurança para declarar a nulidade dos atos instrutórios conduzidos pela Comissão Processante a partir do julgamento que recebeu o aditivo à imputação originária constante da Portaria “1”, reconhecendo-se violação ao “due process of law”.

### **Apontamento da Autoridade Coatora**

9) – É autoridade coatora o eminente Procurador Geral da República, doutor Roberto Monteiro Gurgel Santos, de quem devem ser cobradas informações, no prazo de dez dias e após a

concessão da cautelar, pois detém a qualidade de Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, pelo qual responde formalmente, valendo a indicação na dupla condição de pessoa física e da já citada Presidência do Conselho referido, tudo em obediência ao artigo 6º da Lei 12.016, de 2009.

10) – Nos termos do artigo 12 da Lei 12.016/2009, espera-se a abertura de vista, após o prólogo correspondente à liminar, ao representante do Ministério Público com atribuições a tanto.

11) – Cuidando-se de impetração por via eletrônica, dispensa-se a impetrante, em função da especificidade, de remeter cópia da petição e documentos que, na alternativa ortodoxa, valeriam como contra-fé.

12) – Recebe a impetração, para efeitos fiscais, o valor de R\$1.000,00 (hum mil reais). As custas seguem em anexo.

De São Paulo para Brasília, 24 de novembro de 2011.

---

Paulo Sérgio Leite Fernandes  
Advogado – OAB-SP 13.439

---

Rogério Seguins Martins Junior  
Advogado – OAB-SP 218.019